

最終報告・臓器の摘出・法的責任--最終報告の批判とその結果

著者	高木 武
著者別名	Takeshi Takagi
雑誌名	東洋法学
巻	34
号	1
ページ	67-99
発行年	1990-12
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00003534/

最終報告・臓器の摘出・法的責任

——最終報告の批判とその結果——

高 木 武

序

最終報告は、日本医師会の生命倫理懇談会が同会長に答申・報告した「脳死および臓器移植についての最終報告」^(一・三)であるが、これについては、ジュリスト^(四〇)は、法学者意見集というようなものを発表し又筆者も「東洋大学通信教育部の補助教材」^(一・二)に何か書いたが、筆者の資料とした程度・種類の最終報告では、まだまだ不十分で心許ないものである。まさにク・セ・ジュである。そのために、ここではできるだけ詳細に最終報告を紹介することにする。

臓器の摘出は、文字通りの意味であり、医学・医術的なものであるが、このようなテーマにしたことには、一寸したつぎのような理由があるからである。臓器の移植は、よくいわれているが、特定の腎臓等の摘出・移植は一応適法

であるとされている。しかし臓器の摘出には、被移植者の病める臓器の摘出もあるかもしれないが、これは、被移植者の診療が直接前提であるから、必ずしも、法的問題にはならないのであろう。だが提供者（の臓器）の提供する臓器の摘出は、移植の前提でもあるのに、必ずしも、法的問題としてメスはいれられていないようである。それは、専ら人は、臓器の移植のみに注目しているようであるからである（巷間ではとくに、子供が移植を必要とする場合に、父又は母が自己の身体からの臓器の摘出・提供が親の義務のようにされる風潮があり、マスコミ辺りが心配しているといふ）。しかしこの臓器の摘出は、適法かどうかの問題は、臓器の移植の前提でもあり、この前提の故に、適法であるとか、当然に適法である等とするわけには行かない。それは、とくにその臓器の摘出は、当該臓器の移植が診療であり、そのためにのみ適法であるとされなければならないからである。

―筆者だけかもしれないが―こうして最終報告とこの臓器の摘出とをならべて、その摘出の法的問題に直面すると、これらを羅列するだけではまとまりがなく、とくに最終報告に従って臓器の移植が行われれば、どのようなことになり、どんな法的問題があるかという考察の軌跡が考えられるであろうと思われる。但しその法的問題・責任は、医師側に限ろう。

（１）ジュリスト九〇四号

（２）同上、しかし法学者の意見はその質問のためかとくに何故に提供者の臓器の摘出が適法かどうかについて触れていない。しかしこれは基本問題である。とくに刑法の先生にお願いしたい問題であるが、その最終報告に対する批評等は、法的であるから、臓器の摘出―移植等は、医学・医界にとっては必ずしも意味がない。

(一) 最終報告と私見（但し六の脳死判定に
よる死亡時刻を除く）

一の日本医師会と生命倫理懇談会では最終報告はつぎのような内容である。

同懇談会は、日本医師会長の諮問機関として設けられ（昭六・一六）、日本医師会からは、独立して審議を行うものであり、その答申・報告は・会長が同医師会理事会等の同意を得れば、同医師会の方針として採択されるというものである。同懇談会の構成は、医師、法律家（三・名）、医学者、分子生物学者、哲学者、文化人類学者、作家と経済人（各二・名）、計一〇名からなるという。しかし独立の審議を同懇談会がするといっても、同医師会から独立しているかどうかは、疑わしいという他はない。それは、医師（二・名）は、同医師会かその傘下の医師会員であるかどうかは、不明であり、医師でない他の人の中には、奇妙に積極（脳死を個体死とすること）的な人もいる。又政府の審議会、委員会等のメンバーのように、同医師会と近い立場の人であるかないかも不明である等するからである。同懇談会の独立を無理に強調しているようであることがむしろ疑念をもたらすようにも思われる。幸い上からのものでない点は、いいようにも思われるが、「権威」を、同懇談会に、感じるから、上からのものであると同じようなものを感じるといえる。これは、いいすぎであろうか。つぎに同医師会が生命倫理に関する検討委員を設置し（昭五九・一三）、その答申が行われた（昭五九・一三）が、明確な方針を得られなかった。しかし第七では、「脳死が存在することを認め、医師のみならず、一般の理解を深める理解のための努力が必要である」とされていることを示し同懇談会の活動の経過を明かにする。しかし多数の専門家や有識者の意見を聞きながら、中間報告を公表し、（昭六・二五）、六四九通の意見がよせられ、竹内基準・「脳死の判定指針お

よび判定基準」(昭六〇年度、研究報告)に對する疑問について医界の權威から意見をうかがったという(そのうちの一人は、竹内基準の座長)。専門家や有識者は、どの分野の人であるか、六四九通の意見は何人のものであるか不明であるが、これも「權威」づくに、忙殺されているようにあるといつて失敬であらうか。

二の問題の所在では、三個の重要な臓器として肺、心と脳の臓器をあげ、これらの三臓器が人の生命現象の終焉の担手であることを示し、従来のいわゆる三徴候による死の判定は、長い歴史と伝統の下に培われてきたとして、そのために生じた死の概念の変化を、人工呼吸器等の生命維持装置の発達したことによって、脳の死という機能つまり脳の状態が停止しても、機器による補助を続ければ呼吸や循環機能はなお維持されるが、脳の全機能が不可逆的に停止すると、やがて、肺や心臓が停止してう。つまり脳の全機能が不可逆的に停止することを脳の死とか脳死というのである。こうした状態に陥った人に、人工呼吸器を作動させても、その自発的活動は、通常二―三日続いて停止するところ、今日、人工呼吸によつて脳以外の体の機能を人工的に維持することは是非が、問題になっているという。だが疑わしい。それはこれがこうした人の尊厳を害するものであるとすれば、薬剤等の施用のそれら自体も、長期にわたつて用いれば人の尊厳をけがすことになる。長期にわたるから、ヒトの尊厳をけがすのであるとすれば、逆に短期ならば、ヒトの尊厳をけがさないことになるのかといえる。「長期」と「短期」の接点は何処にあるか、「長期」や「短期」の始終期は、何処の時点ではじまり、終期は、それぞれ何処の時点に終わるのか。「長期」・「短期」は、結局、相対的ではなからうか等の疑問がある。後段については、「脳の死による死の判定には反対の意思表示がなく」には、おどろきを覚える。それは、明確な反対でもなく、たんなる反対の意思(志)表示でいいとするからである。

又心臓：肺等として、臓器を特定しているが、結局、臓器一般に移植が行われるような点が気になる。しかも、多数決であることにも、疑念をもつ。それは、多数決は、真理とか正しさとかに関係のないこともあるからである（又尊の「尊厳」は、恰も人工的接近の拒否）であるという誤解をも助長している）。

三の脳之死と人間の個体死では、「社会における人間の死」は、常に医学的な観点だけから規定することはできないとして、脳の構成・個体死とはいかなる状態か、脳之死とは、全脳の死であり、これを採用する理由を脳の機能の不可逆的喪失を脳の死であるとしたことについて説明するが、とくに目立つのは、脳の機能が統合されて、脳のコントロールによって人間の生命活動が営まれ、とくに脳幹の機能が残っていれば、脳幹反射や自発呼吸の能力が維持され、これを植物状態という。又脳幹が死ねば、大脳機能も失われるという考え（リギス）もあり、全脳の死をもって脳死とするのが適当であり、必要な診察と臨床検査を組合せ、臨床経過を一定時間にわたって観察すれば、脳の不可逆的機能喪失を確認できるとする。がこの点が問題である。これは、医学・医術的なことであり、素人の立入る余地はないが、「社会における人間の死」以外のヒトの死があるかという問題である。ヒトは、存在すること自体尊厳であるのは独りの人の世界ではなく、社会においてしかないからである。それは、独りの人の世界では尊厳があるかもしれないが、それは尊厳がないに等しく、社会では、一すべてが相対的であるかもしれないが―自己以外の人の尊厳も存在しこれを尊重しすべてが比較できるからであろう。又医学・医術も、人の社会にあるから、社会における人の死といるのであるが、又その社会の発展・展開もあり、元来死は人の社会のものであろう。なるほどヒトの生とくに死に対して哲学、宗教学、倫理学、法学等の接近、接触等があるが、それは、医学・医術的であるよりむしろ非医術的

あろう。医はむしろ社会における医であることを直視して、自ら社会における人間の死を容認し、「死」を社会かつ医学的に規定すべきであろう。しかし、それは、衣然として医的である。

四の脳死の判定方法では、同懇談会の立場を示して、判定の基本問題のみについて示そうとする。しかしこの理由は、同懇談会のメンバーが判定の専門家で構成されていないことであるとするが、これが理由になるか疑わしい。それは「判定の専門家」は、医師であり、とくに脳外科等の先生方であろうが、三の脳と死と人間の個体死でみたように、医的のみの接近・接触を放棄したとこと、関係者・メンバーが、判定の専門家でないことを強調するからである。そして脳死の判定基準として竹内基準を示し、これが医学的立場からの判定基準である。同懇談会は、これを最低の基準として採用したものであるが、大学病院等の倫理委員会でも、これを最低の基準とすべしという。しかし医学・医術は、元来、自由であり独立するものであろう。¹⁾とくに竹内基準は、上からのものである。つぎに、複数の判定基準があることに言及し、それでもいいとする。これも、当然のことであろうと思われるが、脳死を判定する医師の問題として、どの医師が何人以上で判定するかどうかが提示され、その結果は、移植医以外の医師三名以上がその判定に関与することが望ましいとする。しかし精神保健法は、措置入院について^(二九)、二名の精神保健指定医^(以下)の別々の診察の結果が一致する必要があるとする^(二九)が、脳の死の判定には右のように、移植医以外の医師三名以上で合議するようであるとする。しかし両者の是非は――紙幅はあまりないけれど――三名の医師の合議より、三名の医師の別々の診断の結果の一致は必要ではないかと思われる。それは、合議には、予断、妥協等が考えられるからである。移植医を除くことは、第三者の判断は自由で公正を担保するから当然であるといえよう。最後に脳死の判定基準の改

定について言及し、改定は、研究と技術の進展に応じてあるべきであるという。これも、当然のことである。とくに気になるのは、三の「社会における人間の死」と同じように、他の文化的社会的伝統の中で自ら定まるとしながら、ここでは、医的な脳の死の判定基準に、言及が集中していることである。

五の脳の死による死の判定と患者または家族の意思では、中間報告では脳死の判定は、患者本人または家族の意思を尊重し、その同意を得て行うのが適当であるとしていたが、ただ同意を得て行うのが適当であるとする。この考えは、一種の自己決定権に通じるものであろう。家族の意思は、患者が未成年者・未成熟者または意思表示が不能な場合に第二次的に問題となるが、しかし脳の死による脳死の判定の場合は、患者本人または家族の同意を要件とするものではなく、社会的な礼節上、その意思を尊重しその同意を得て行うのが適当であるという。したがって本人の意思であるかを厳密に論じることが、必ずしも必要ではない。そしてその場にいるのは家族であるから、通常は家族の同意を求めることになる。本人の意思は、予め医師に書面で表明していなければ、家族を通じて知るほかない。したがってこの場合、医師は、家族の賛否によって判断することになるとする。後は、「角膜及び腎臓の移植に関する法律」も「死体解剖保存法」も、本人の意思を直接知りえないため家族の意思を中心に扱っているのが現状である。なお両者は、「遺族」の語を用いている。死者の親族とすれば、遺族・家族には配偶者と六親等内の血族および三親等内の姻族であるが、配偶者、子（同居を優先）（同居を優先）というように、最近親者の順位を法律上明確にすべきであるというが、実際は、その場の代表者の意見で処理してよいものと考えられるとする。しかし本人の意思は、最も尊重されるべきものと思っていたが、右のような程度・種類でいいのであろうか。まだ三徴候説から見れば、患者本人が生きているが、それ

でも、「社会的な礼節上」尊重するということのである。これでは、まさに「死人」に口なしを奇貨としているようである。書面で本人が同意していても、脳の死に至る前に、不同意・不承認としたときも、もはや万事休するのである。同意・承諾は、意思至上主義に基づくが、本人の意思をこのような程度・種類として取扱つていいかどうか一個の問題であろう（この程度・種類として取扱うからか、最終報告があつてからシュミレーション）。しかし「そしてその場にいるのは家族である」としているが、その場にいるのは家族だけであろうか。誰もいないこともあり、家族でない者がいることもある。家族がいない場合や家族でない者がいる場合、医師は、何人に同意・承諾を求めればいいのであろうか。後で、角膜及び腎臓の移植に関する法律と死体解剖保存法をあげているが、両法律の対象は、死体からの角膜・腎臓や遺体である。脳の死の状態の人からのものでない。つまり死体からのものであるか、死体そのものである。しかも、「家族」の意思を中心に取扱つているという（脳の死の状態の本人は、三徴候説からみれば、生きているヒトであるから「家族」と）、そして両法律は、「遺族」という用語を用いているとして、その親族の範囲を示すが、ここでは、不要であろう。そうして、脳の死の状態にある人の意思に代わる家族（の意思）の順位を法定にしようという意思（これも、おかしい。それは、まだ脳死を個体死であるということが問題になっているからである）をしりぞけて、実際は、その代表者の意見で処理していいという。「その代表者」は、迷惑でもあろうこともある。代表者というのは、この家族の場合、家族構成員の各人と家族全体を同時にあらわす者であらうからである。後で、あでもない、こうでもないと特に構成員の一人からでも、いわれる可能性はないとはいえないであろう。まさに、代表者は、飛んで火に入る夏の虫であろう。こうしたことより気になるのは、脳死の状態にある人の意思や家族の意思が、「その代表者」の意思でもいいところ、何かあせりのようなものを、覚えるが、医師は診療について絶

大な裁量をもつことに思いをはせるべきであることを自覚すべきであろう（だからといって診療について筆）。又患者本人の意思は、それだけで純粹である（それは、脳の死の状態に陥る以前に、臓器の摘出―移植はいいとして）が、患者本人以外の家族の意思は、必ずしもそうではない。それは、患者本人の意思のみでなく、その者の意思が加わるのであろうからである（つまりその者の意思がゼロであれば）。ここに問題がある。それにもかかわらず、「その代表者の意思でもいい」とするから、およそ患者本人の真意から、はずれる意思があつてもおかしくはないであろう。しかし、それは、問われているのは、家族の意思又はその代表者の意思であるかどうかである。そこで問題は、家族の意思やその代表者・その構成員の意思が複数である場合に生じやすいであろうが、これには、多数決という意思統一の方法がある。しかし意思統一の方法は、満場一致でない限りは、事実上、グチ、悩み等にあらわれる真意（患者本人の）と異なる意思決定であろう。家族の意思を決定した決定者とくにその代表者は、わけても迷惑であるというのは、この場合のことであろうが、単独の家族の場合も、何が患者の真意か迷うこともあろう（むしろ明示された本人の意思のみでいいかもしれないが、それができないのが、ヒトであるからであるか）。

六の脳死判定による死亡時刻では、中間報告とそれに対する意見、相続の問題、死亡診断書への記載と医療保険の適用の問題に言及されているが、脳死判定による死亡時刻については、中間報告では、①はじめの脳死判定時刻、②六時間（二次性脳障害、六臓の小児では六時間以上）経つてからの脳死確認時刻と③心臓死の時刻が問題となるが「死亡診断書の死亡時刻は、②によるが、死後の相続の問題にそなえて①の時刻も記録するものとする」とする。これに対して死亡時刻は統一すべきであり（多）、どの時刻にすべきかについては①と②に（同数）別れていた。前者については、立法できめないなら、裁判所の判断による他はなく、中間報告では、裁判所の判断の資料としては、①と②を記録すべしとされているが、当

懇談会は、このままでいいとする。後者については、①を支持する者は、脳の死の確認があれば、はじめの判定が不確定であったことになるから、はじめの判定時点を死亡時刻とすべきである。又竹内基準は、六時間以上としているので、やはりはじめの判定時をとるべきであるとし、②を支持する者は、はじめの脳の死の判定は不確定な状態であり、脳の死の確認は、脳機能の不可逆喪失であると判定した時から六時間以上とされているから、状況によっては変動するが、それは、脳死判定の基準の中にはじめから内包されているから、確認時点とすべきであるとする。死亡時刻が相続に関して問題になるのは、夫婦の一方と他方がほぼ同時に死亡した場合であるが、いずれが先に死亡したかによって相続は、大きく変わる。しかしこれは、脳の死による死亡時刻が統一的に決まらなければ、脳の死による死の判定ができないものでなければ、この問題は、まれにしか起きないものであり、外国でも相続に関して問題とされた事例は、今まで見あたらないし、議論されたこともない。相続の問題は、裁判所で判断すればいい。

医師が死亡診断書に記載する死亡時刻は、本来、人間の生物としての死（死（個体））の時刻である。そうすると、脳の死が個体死ということになれば、それは、脳死の時刻であり、それが社会的・法的にも人の死と認められて行くものと思われる。右のように①脳死判定時、②脳死確認時と③心臓死の時刻の三種の時刻がある。死亡を診断するのは、脳死によった場合は、①又は②、心臓死まで待った場合は、③によるのが通常であろう。それは、それとしてさしあたり是認してもいいが、ただ相続などに関しては、家族の意思による変動を避けるために、死亡診断書と戸籍の記載に拘束されることなく、①と②のいずれかをとることになるであろう。そのために診療録に記録しておくことが必要である。医療保険がどこまで適用されるかという問題があるが、①の時点では、まだ患者が生きているものとして取扱

われており、②の脳の死と確認した時までは医療保険が適用される。脳の死が確認されれば、①の脳の死の判定が正確であったことになるとしても、それは正確であったものとして取扱うことであり、その間医療保険の取り扱いとは異なることがない。中間報告では、脳の死による死の判定について、家族の同意が得られない場合は、心臓死まで待つのが適当であるとしているが、この場合は従来どおり医療保険が適用されるとする。

七の脳死の社会的承認については、脳死を直接認める立法（死の定義とか、脳臓器移植法を制定して（現行の「角膜および腎臓移植に関する法律」の改正）、その中で間接的に脳の死を認める立法が考えられる。医師の中には、トラブルに卷込まれることがあるので、

脳の死による死の判定について、立法を望む意見も多い。又立法によって国民の議論を喚起することが望ましいという意見もある。脳の死の判定を認めるために社会的合意あるいは国民のコンセンサスが必要だということを主張する人びとがいる。こうした立場からすれば、社会的合意なしに、こうした判定（死の脳死の）を認めるのは、時期尚早だということになるであろう。しかしこうした社会的合意論は、国民の大多数の納得が必要であるという心情を表わしているにすぎない。社会的合意は、どのように成立し、確認されるものか。彼等は、これらの問題については、具体的な要件や手続を示さず、問題を徒らに、曖昧のまゝ先送りすることしかない。社会的合意のもっとも明確な方法は、立法である。それは、国民の全体意思であり反対者を拘束することになる。当懇談会としては、世論の動向を考え、この判定を是認する人にそれを認めることについて社会的承認が得られるものと考えた。この点に関しては、患者または家族が了承すれば、他人は、それに異論を述べることを認める必要はないと思われるとする。続いて世論調査（総理府・理

昭六二・六「保
健医療サービ
ス」の結果を示す（a脳死を認めてよい二・三・七％、b反対二・四・六％、c本人や家族の意思に任せるのがよい三・六・七％・以上のaとcと含めすと六〇・四％になる）。

とくに驚くことは、まず医師がトラブルに巻込まれることを理由とすることである。この理由からは、わけても立法を責任の冤罪符にしようというのであろうかと思われる。三徴候説が一般的である現在でも、医師は、診療には裁量をもつが、右のような立法であつても、その裁量は、絶大化することは何人も否定できないであらう。むしろ立法化される以前の立法過程で「国民の議論を喚起する」方が正鵠を得ているのであろう（今日「死」を定義する法律はないようであり、右のような立法によつて、これは他に利用されるおそれもあるであらう）。つぎの驚きは、社会的合意論に対する攻撃である。ただ問題を味暖のまま先送りするだけで、そのようにされるのであろうか疑わしい。それは、社会的合意論は、脳の死とすることを否定しているのではなく、かつ「時期尚早」は、同懇談会の予想であるに過ぎないからである。又社会的合意論は、一定の「心情」の表白にすぎないと葬去られているが、民主主義社会では、一般大衆の「心情」は、世論を形成し、世論をつくり、法をも変更し、又立法すら行い、法の効力を支えるものである。むしろ同懇談会メンバーのエリート意識をこの攻撃に見る憾みを覚える。それにもかかわらず、立法を社会合意のもつとも明確な方法であるとする（これも驚）⁽³⁾が、しかし立法は、圧力団体の取引の結果であるともされている（わが国の場合でも、国民の意思の反映は、国会議員の選挙までであり、立法は実際、圧力団体、経済団体、労働連合体、医師・歯科医師会、教組連合等の取引の結果であるといえないことは）。そのうえ、立法は、国民全体の意思であるというが、ルソーは、全体意思には正しさがなく、総意に正しさがあるとした。まさに語るに落ちるところである。世論の動向を考えて、これを認める人に、社会的承認が得られるものと考えたというが、認める人に社会的承認を得られるものというのは当然であるといえる。それは、消費税案の不賛成を、一般的に課税を好まない住民・国民―誰でも税金は、いやである―に求めるようなもので、不賛成という承認ははじめから分かっているからである。そして世論調査の結果をあげるが、調査のアンケートの出し方・

問題等に問題が常にあるといえよう（（脳死を個体死と認めていいとする者の意思や家族の意思に任かせてもいいとする者の合計が六四％というが、必ずしも、前者と後者の関係が明かでない））。こうしてみてみると、とくにこの七には、日本医師会や同懇談会のいうことが強弁のように思われて仕方がないという他はない。

八の脳死に対する不要・懸念とそれへの対処の(1)のでは、判定方法に対する疑問と題して竹内基準に対して若干の疑問があり、答える必要があるとして、竹内一夫・武下治両教授の回答を附属資料として添付する旨を示し、その(2)は、教育活動が必要だとされ、その必要性を示し、(3)の医師への信頼の回復として、脳死の反対は、医師への不信によることが少くないとして、信頼の回復の努力が必要であるとするとする。そして判定記録の必要を加える。さらに最後の(4)の問題の拡大への懸念として、反対論が植物状態にまで拡大されたり、社会は価値的評価による差別を助長しないかという懸念があるが、これは、脳死と別個の問題であるとする。(1)と(2)については、当然のように考えられるが、脳死の反対論は、医師への不信を原因とするようである。その信頼の回復は、当然ともできるが必ずしもそれだけではないであろう。それは、――反対論は医界の内か外か不明であるが――医師を信頼すること、と医学・医術を信頼することは、別のことである。したがって医師を信頼していても、医学・医術を信頼しないこともあり、又その反対のこともあり、さらにいずれも信頼することもあり反対にいずれも信頼しないこともある。又その程度・種類による信頼・不信等との差異もあるが、問題は、むしろ患者とくに医師が「医師」を信頼しないことであろう。(4)については、とくに「拡大」や「差別の助長」の意見が不明であるが、とくに安楽死の問題があらう。わけても、脳死を認め臓器の一般的移植を許すべきだとしながら、まるで安楽死を否定しているようである。

九の臓器移植の問題の(1)に立法問題として若干の項目を置いて、そこでは、脳死を前提とする角膜や腎臓を含めた

「臓器移植法」を制定することが望ましい。その際には、患者の権利を保障する手続等の規定を設けるべきである。角膜と腎臓の移植に関する法律の腎臓移植のように、ある程度腎臓移植が行われたのちに、これを追認する形で、その手続を明確にするために、腎臓を含めるように改正されるが、法律がなければ腎臓移植ができないわけではない。ただ他の臓器の移植の場合も、右の法律を参考にして、提供者と家族の人権を損わないように、十分な説明をうけて自由な意見の下に承認した場合に限って臓器移植を行うべきであり、「その移植が最良の治療法であると判断され、本人あるいは親権者がその治療を希望している症例に限る」（日本移植学会方針）として、臓器移植は、慎重に行うべきである。但しこれは医師が主導する問題でないことを、とくに強調する。その(2)では、臓器移植についてであるが、外国では死体からの腎の移植が大部分であるのに、わが国では生体からの腎のそれが大部分である。この場合、親から子への一方的腎移植が多いが、これは健康上と心理上からみて、余り望ましくなく、死体からの腎の移植の方が弊害が少ない。(3)では、臓器移植の成功度であるが、次第に高まりつつある。しかしその成功度を高める必要があるとし、(4)では人工臓器との関係では、人工臓器は、すでに広く利用されているが、臓器移植に代わって一般的に利用されるまでには時間を相当、要するから、臓器移植もあわせて行う必要があるとする。(5)では臓器売買の許否について、これは、自由であるという意見があるが、倫理と臓器売買の弊害を防止する見地から、これを禁止し、必要ならば法的にも規制すべきであるとする。(6)では、摘出臓器を研究に使用することの可否（臓器）についてであるが、提供者又は家族の感情を尊重する必要があるので、その同意を得て研究に使用すべきことに制限すべきである。なおこの場合、倫理委員会の一般的承認を予めうける必要があるとし、(7)では外国との比較では、臓器移植については日本人には特殊な感情が

あり、外国では臓器移植が進展しているのに、わが国ではそうではないこと、日本人が外国まで行って移植をうけること等には十分考える必要がある。(8)では今後の展望としては、わが国でも死後臓器を提供して他人に役立てたい善意の人に対しては、その意思を活用して脳の死の判定による死を認めて行けば、臓器移植の道が開けるとする。

その(1)については、七では、医師がトラブルに卷込まれることを理由にしているが、ここでは、その内容まで規定する「臓器移植法」を制定することを希求する。しかし臓器は、それぞれ構造、作用等も異なり、一律に規定することは不可能でもあろう。とくに脳の摘出―移植については、被移植者の人格の変更も予想されて又とくにヒトの生命力等にも差異もあり、提供者の年齢等によっては、機能・作用も、程度・種類において異なるものもある(機能転換では⁵⁾。こうした差異等の医学の研究は、必ずしも充分とはいえない。それは、角膜や腎臓の移植は、確実であるから、法律(角膜を腎臓の移植に関する法律)があり、法律がそれを証明しているともいえるからである。この場合、注意すべきことは、診療として実確かつ可能な腎臓・角膜に特定されていることである。又診療として確実なものとする薬剤、診療・医療機械、器具等の実体的資料や術式等の手続・手順的資料の実情に配慮すれば、一般的に臓器の摘出―移植を、脳の死の判定によって診療とし、まして「法律」化することは、医の倫理からみてどうかと思われる。提供者等が十分説明をうけ自由な意思の下で、承諾・同意すること、日本移植学会方針の例症等の限定等は、相当であろう。(2)については、マスコミ辺りでは親に臓器の提供を強制するような風潮が生じないか等と心配されているようであるが、右のように問題は、自由・任意な意思の下に同意・承諾が行われたかどうかにあるから、親は、必ずしも、子のために臓器を提供しなくてもいいであろう。(3)では、臓器移植の成功度は、次第に高まりつつあるというが、生体か死体かの区

別を明示しないているから、おそらく、およそ臓器の移植といえるものが次第に成功度を高めつつあるというのであらうと思われる。(4)では、人工臓器のみについて言及する。しかし今日の診療機械、機器具、薬剤等の程度・種類の実体的資料や手続的資料についても、言及してほしいと思う。それは、臓器一般の移植・摘出の現在のレベルが分かるからである。(5)では臓器の売買について触れているが、ヒトの身体の一部(内容物も含む)について、取締法がすでにある。採血と供血あつせん業取締法は、業として、採血を行う者に許可を与え(三但・四以下)、又は有料血液提供のあつせん業者に許可も与える(七六)。これは、生体からの採血であるから重要であるが、事實上、医学・医師の治療・診療又は研究用として生体から精子・卵子、骨、皮膚、体液等採取し提供されている(生体腎移植もこれに属するがその摘出も診療)。死体からの例は、角膜と腎臓の移植に関する法律が例であるが、同法は、臓器の一つの腎臓を特定し(一以下)、かつ眼球又は腎臓のあつせんを省令で許可している(八、墓地、埋葬等に関する法律とは対蹠的なもの)。とくに省令で許可するという理由は、つぎのようである。この法律(角腎移法八)は、業として死体の眼球又は腎臓の提供のあつせんをしようとするときは、厚生省令で定めるところにより、厚生大臣の許可を受けなければならないと規定するからである。この規定によれば、許可は、元来、法律に規定しなければならない事項(こと)であるが―これは、法律の留保・法律の優位から由来する―眼球や腎臓をあつせんすることは、現在、さして必要でない、つまり職業としては、成立っていないものである。しかし規制のために許可は必要(取締るために)でもあるが、眼球や腎臓は求めることが困難である(眼球については、アイバンクがあるが、腎臓は教育・研究に資する死体解剖保存法)ため死体解剖保存法によって、死体・死胎の中にこれが含まれている。法律の目的が異なるから、結局は、事実上の献体運動によって確保されるのであらう。こうした実情に適合させるために、制定の簡単な厚生省令に委任し(角腎移法一一)て、

角膜・腎臓又は死体等の確保と取締を行うも、その実質をとろうというのである。したがって、最終報告は、脳の死と個体死としての（三、しかしこ）臓器一般のかつ角膜と腎臓（臓器一般に含まれる）を含めた「臓器移植法」の制定を望ましいとする（七、このはじ）が、角膜と腎臓の移植に関する法律の角膜と腎臓は、死体からの摘出―移植である（一・三）が、その望ましいとする「臓器移植法」は、「脳死を前提とする」から、当然、いかなる臓器にいても、これを確保することやあつせんすることが業とされることをうかがわせないで臓器一般について一般に立法化しようとしているといえ、過言であろうか、と思われる。巷間では、臓器の売買が、臓器移植に高額のコストがかかることと相まって、まことしやかにいわれているように、ささやかれているが、費用は、むしろ被移植者に臓器を移植するための準備行為―移植―その後の措置処分に集中的にかかるようであり、この七のように「これ（臓器の売買）を禁止し……法的にも規制すべきである」というべきである（マスコミ切りでは国大では「官用」として国が負担するという）。これについては、同感であるが（かつて体外受精の研究で国大医学部教授の女性から卵子を摘出し、これをマスコミが取上げたことがおかしいと反論した記事を読んだことがあるが、その人が倫理関係の幹事になっているようであるが）。倫理委員会といえ、脳死判定、生体からの臓器の摘出―移植等について有名である。カナダでは倫理委員会は、およそ医の倫理に関することについて活動するものであり、倫理相談を日常的に行っているという。この点、最終報告は、触れていない。（7）では、臓器移植がわが国では進展しないことと外国まで行って臓器移植をうけること等は、考えるべきことであるとしますが、理由が不明であるといえよう。（8）では、臓器を提供する人は、善意の人であり、臓器を提供しない人は、すくなくとも善意をもたないようなことになるのを感じる。これでは、生体肝手術の際、自己の腎臓を提供しない親は、善意をもちあわせていないことになるのであろうか。こうしたい方は、遠い戦争中にあったが、今日でもある（あるイデオロギーやマスコミに同調しないのは人ではないとか、入信しないことはあわれないとか）

の内容を實行しないと不幸が来ると)といえるが、又日本医師会は、こうしたことで、善意の提供者を集めることができるのか等は日常経験をすることであろう)といえるが、又日本医師会は、こうしたことで、善意の提供者を集めることができるのである(献血運動)。

- (1) 拙稿「新診察室の法律」一、四、七五各以下
- (2) 拙稿「実定行政法 上巻(総論・争訟法)」二一一
- (3) 尾高朝雄「法哲學」九六下、尾高教授は、世論説を法の効力の根拠であるとされながら、客観的な社会理念と目的こそ世論を動かすものであるが、世論説には、これらに欠けているために、法の効力の根拠となりえないとされる。しかし世論中に、これらが内在するから、世論が出来上り世論が改革に志向することになるといえないであろうかと思われる。
- (4) 拙稿「ルソーと社会契約論における思想」法学新報六九X
- (5) 拙稿「辜丸全摘出手術は優生保護法第二八条に違反するとされた事例」(穴田秀男・高木武共編)判例にみる病・医院の経営と管理」一七七以下参照
- (6) ジョン・フレッチャー教授「病院において倫理委員会・倫理想談は、何故に必要か」(これは、北里大学医学部創設二〇周年記念に行われた(平一・七・二五)講演の一であるから想と経験が報告された)

(二) 日本医師会・最終報告

① 日本医師会

日本医師会は、医師を社員(員会)とする社団法人である。旧医師法(明三八・一九〇六)時代(同上昭三)は、公法人(国社)であつ

たこともあるが、今日では、私法人である(昭三・二二)。都・道・府・県医師会も、郡・市・区医師会も、同様の方向で改組される(日本医師会とは、厚生大臣より認可をうけ、他の医師会とは、都・府・県知事の認可をうける)。郡・市・区医師会の会員が同時に都・道・府・県の医師会員であり、同時に日本医師会員であろう。他の医師会も同様であるが日本医師会とは、意思決定機関として総会をもつ。総会は、年一回招集され(通常)、臨時総会もある。とくに社員の表決権は、平等である(頭数主義)。代議員会は、都・道・府・県医師会の代議員から選任された代議員会からなる。代議員会の権限は、代議員会議長・同副議長を選任し、一定の重要事項について、承認又は決議する等する。理事機関としては、理事・理事会・会長・副会長がある。理事は、理事会を構成し代議員会に出席し意見を述べ。理事会は、一定の重要事項を決議する。会長は、日本医師会を代表し、総会、代議員会又は理事会を招集するが、副会長は、会長を補佐等する。監事機関として監事があるが、その他の機関としては日本医学会や裁定委員会がある。日本医師会生命倫理懇談会は、これらに類するものである(一)。なお都・道・府・県医師会は、優生保護法(四)によって指定医師を指定するので、行政庁となることもある。それは、指定医師は、妊娠中絶等が適法にできるといふものであり指定は、実質的に許可と同じ効力をもつからであるが、いつてみれば日本医師会は、ただの私的な社団法人であるにすぎない(下部郡・市医師会の会員の少ないことは、日医会々々員も加入者が少いことになる)。

② 最終報告

最終報告は、右のような日本医師会生命倫理懇談会が同会長に対して答申・報告した「脳死および臓器移植についての最終報告」であるが、これを基準として他の基準・方針も入れて、その内容を遵守して、脳の死による死を個体死として、提供者の臓器を摘出し、これを被移植者に移植する場合、これを行った医師(側)に何らの法的な責任が生

じないかどうかという問題を当面最大の問題としてかかえているであろう。それは、とくに右のように最終報告は、脳の死を個体死であるとして、臓器一般の移植を診療として行うことを希求しているようであるからである。しかしまだ三徴候説が死の判定では一般的であり、三徴候説の要件の一部しか充足しない脳の死を、個体死とすることは、まだ三徴候説で幽明を異にした死の池に、一石を投じること等に等しく、ましてその波紋のおさまらないうちに、脳の死を個体死として、生きている提供者を死者として、この臓器を摘出し、これを他人の臓器にかえて、移植することは、医界でもおどろくべき大事件であろう。しかも臓器移植（摘出）は、確立された医療であるかどうか不明であり、脳の死を個体死であることに、社会的承認論等もあり必ずしも医界の総意であるといいたいのであろう。もしそうであるとすれば、最終報告が冤罪符的であり、かつ冤罪符的作用をもてば、波紋もなくなることにもなろうから、最終報告に法規性があるかどうかとくに問題になるであろう。

人の権利・義務の定めを法規といい、そうした法規の性質のあることを法規性があるといい、ないことを法規性がないという。日本国憲法の下では、法治主義の原則は、一般権力関係には当然、妥当するとされ、「法律の留保」・「法律の優位」のスローガンを、一般的とする（戦後立法には、目的規定、定義規定、趣旨規定）。法規性のある規定は、何々法の法源とされるような法律、命令、慣習法等に多くあるが、反対に法規性のないものは、一名称は、人によって異なるが行政命令という行政立法である（法規性のある法規命令は委任命令と執行命令であるが、法規性のある政令（何々法施行令、総理府令・省令何々法施行規則）人事院規則 条例等であるが、法規性を例外にもつ訓令と通達もある）。行政命令は、告示（四行組一四一公選（四一地自七の二二））、訓令と通達に分けられるが、告示は、一定事項を一般的に被行政主体のある者知らせる行為又はその形式である。訓令は、上級機関が下級機関に対し、その職務に関し発する命令である（四行組）。又通達は、上

級行政機関が一定の事実又は処分の内容を特定の下級機関または特別権力関係にある者に知らせる行為又はその形式である。

しかし右のような日本医師会生命倫理懇談会が同会長に答申・報告した「脳死および臓器移植についての最終報告」は、日本医師会や同会長の名の下に公にされても、右のような法規性のない行政命令にも、当たらない。それは、いうまでもなく、日本医師会は、特別権力関係にあり又はその権力をもつ公共組合（健保組合、共済組合、土地改良組合等が例）でもなければ、公共団体でもなく、一私法人であるからである。なお竹内基準も、せいぜい通達的なものであろうが、又国立・公立大学医学部・医科大学の文書つまり基準、方針等というものも、精々竹内基準と同じようなものであろう。それは、通達・訓令制定・発令権限等を形式的にももっていない合議制である倫理委員会等が発するものであるからである。最終報告が、法規性がないのは、当然であるということになるが、これに従って、脳の死を個体死として、その提供者の臓器を摘出すれば、どのような法的評価が考えられるかは、つぎにみるところである。⁽³⁾それは、最終報告は、医師の医業者間の一部のいわば申合せのなものであるからである。

(1) 拙稿「医師会」(高田利広「法律大辞典」)六八、郡・市医師会では未加入者が多いという。

(2) 拙稿「実定行政法総論」第一分冊八・一五六各以下

(3) 拙稿「新診察室の法律」一・七五各・以下

(三) 臓器の摘出

① 臓器の摘出 臓器の摘出それ自体は、侵襲である。この場合、その臓器の移植をうける被移植者の病める臓器（とくに機能の不足する）の摘出も考えられるが、ここでは、提供者の臓器の摘出のみを考察することにする。

医療は、つぎのようなことを目的にするヒトの活動・行為である。人の傷病の治療（ある程度・種類の固定等を含むであろう）、人の疾病の予防（負傷の軽減的予防や疾病の軽減的予防も含む）、人の健康の保持・増進・維持、人の身体（部）の機能の回復・固定、人の身体の一部又は一部の整形（最近の深刻な疾病の出現と外形尊重主義的傾向から最重要）、助産の安全（胎児の母体外の排出や母性の保護等も含む）等。結局これらの目的は、単一であったり重複することもあるが、人の生存にとっては、分配であることが多いであろう。しかし医療でも、分配（治療・栄養価の高い食糧・診察・投薬（の提供）・休憩等の積極的なこと・ものと、無治療・無診・身体・健康に悪い（運動等の消極的なこと・もの））があるが、医療は結果的には分配に終わるものであろう。こうした目的は、医師が主観的にもっているはずがないであろう。例えば、他（当該行為者以外の者）から見て、どう考えても（他）、当該行為者には、こうした目的をもっているはずがない等とされている場合でも、当該行為者のみがこうした目的を一つ以上（主観的に）もっている、いいということである。

こうした医療の目的も、医療の要素であるが、こうした目的のほかに、医療の方法は、学理に背反する絶対不能の方法でなく、しかも、「現今医学の是認する方法」でなければならない（広岡支店二九・四）。「学理」は、医学の原理・原則であることはもちろん、とくに薬学のそれ、理工学のそれ又は心理学等の原理・原則である。しかし医学―医療は、ヒトの身心に対するものである以上は、将来は、他の人文科学、社会科学、自然科学等を、医学・医療の世界に

誘うものであろう（自然科学の原理・原則は、必然的であるが、他の人文科学、社会科学の原理・原則は、傾向的である。しかし心理学のように、原理・原則は、必然的作用をもつように精神科学に取入れられているといえよう。とくに今日に理・工学・光学の原理・原則のように必然性をもつて医学にインテリグレイトしているものもある。例えば、医用手、化学薬剤等がある。）^{（一）}「学理に背反する」は、こうした科学の原理・原則にそむき反することである。「絶対不能」は、断然不可能でどうしても完全に出来ないという意味であらう。しかしこの方法は、客観的でなければならぬ。当該行為者が、学理に背反しない方法であり、絶対不能なものでないと主観的に確信していても、客観的には、学理に背反し絶対不能であれば、これは医療の方法でなく、用いることはできない。「現今医学の是認する方法」は、現在・今日、医学が、よい又はそのようであると認める方法である。その医界で、一般的に用いられている方法は、もちろん、一般的に用いられていなく、一地方に、一部の者が用いている方法であればいい。しかしこの方法も、客観的でなければならぬ。

医療は、形式的又は主観的であるが、医師の行う診療、歯科医師が行う歯科診療、施術者が行う施術（あん摩、指圧、マッサージ、はり、きゅうと柔道整復に分れる。かつては、一定の届出を行った者に対して、一定の医療を許したが、今日、この業者は、施術行為又は法令の規制しない医療類似行為のいずれかに吸収されて了つたようである。これは、果して良策であるかどうかは、今後数年後に分かるであらう。それは、医師は必ずしも、施術・医療類似行為等より優れているといえない）と法令の規制に服さない者が行ういわゆる医療類似行為に分けられるが、診療は、医師が医療の目的で行う医療であり、その方法は、学理に背反しない絶対不能でなく、現今医学の是認する方法によるものである。医師は、医学について一定以上の知識、医術（（医学）（技術））と経験をもつ者である（（医師九・一）（六の二等））。「医師・歯科医が行うのでなければ、衛生上危害を生ずる虞のある行為」（（保助看）（三七））は、—おかしが—医師の医学的知識、医術と経験の程度・種類を表示したものであろう（（おかしいというのは、危険）（はあらかじめ、具体））。医師が行う・用いる方法は、もちろん「学理に背反する絶対不能な方法でなく、現今医学の是認する方法」である。なおとくに施術業者には、そうした方法があるから、診療の方

法は、それぞれの方法に相応するものが認められている（（施術四一六参照））が、いわゆる医業類似業者の中には、（あん摩、指圧、マッサージ、はり、きゅう師等に関する法律、柔整師法）の取締の程度・種類を踰越し、（二）医師法の取締の範囲を侵すおそれのある行為を行う者もある（（断食療法の下剤投与、イ））が、これは、医業であり、医師法違反であることが多い。

被移植者については、病める臓器の摘出があるであろうが、これも、診療である。それは―順序は逆であるが―こうした方法を医師が用いるのが当然であり、被移植者の診療（（当該臓器の治療が一般的であろうが））の目的があるからである。なおその移植は、診療である。それは、右と同じであるが、これこそ典型的な診療であるからである。扱て提供者の臓器の摘出であるが、この臓器の摘出は当然、①臓器の摘出の準備行為、②臓器の摘出と③臓器の摘出後の処置に分けることができる。①の臓器の摘出の準備行為と②の臓器の摘出は、消極的な規制に属し、とくに②の臓器の摘出は、侵襲が診療であるかの問題を提起するものであろう。③の臓器の摘出後の処置は、おそらく②の臓器の摘出によって提供者は、すでに幽明境を異にしているであろうから、処置は、診療に値しないものであろうが、分配であり敢えて「診療」というべきものであろう（（角臓移三・五死））。①の臓器の摘出の準備行為それ自体は、分配・規制に分けがたく、②の臓器の摘出からみれば、規制であるかもしれないが、被移植者の当該臓器の治療・診療の一環とすれば、つまり当該臓器の治療・診療という目的からすれば、①の臓器の摘出の準備行為は、分配である意味をもち、診療であるということになるであろう。②の臓器の摘出も、移植者の当該臓器の治療・診療という目的によって、診療・医療であることになろう。

しかし、これだけでは、脳の死・脳死を個体死であるとして、提供者の臓器の摘出は、法的に許されているという

ことはできない。それは、右は、まだ医的ない分であり、医学―医術からの説明であるからである。だが日本医師会は、最終報告の政治的目的を手にしたといえるであろう。それは、右のように問題はともかく、生肝移植等を行う契機を与えていると思われるからである。又マス・コミはいみじくも最終報告で、ゴーサインが出たという。

- (1) 川喜田愛郎「医学と社会科学・人文学」において医学と生物学の關係に触れたのが印象的である（前掲北里大学医学部創設二〇周年記念シンポジウム）
・二五七）
(2) 拙稿「新診察室の法律」一以下

(四) 法的問題

① 医療過誤的責任

普通、医療過誤等が生じる場合、患者は、タミナル期又は状態よりは、はるかに、遠い時点又はところにいる。患者は、病める又は傷める個所以外は、健常であるという状態に医療過誤等が生じるのであろう。ところが脳の死の状態にある提供者は、その状態を個体死であるとされて、臓器の摘出が行われるのであろう。三徴候説からは、とくにまだ生きているが、いわゆるタミナル時期又状態に入り又はいるのである。人の「死」は同じであると思うが、この場合、提供者の状態は、あらゆる点ではその程度・種類においては、健常者や病める又は傷める個所以外の健常

者つまり患者のそれとの間には差異があり、その「死」への加工（？）にも差異があり、とくに死亡への医療過誤と、脳の死をヒトの個体死であるとして臓器の摘出が行われることの間には、行為それ自体、各々の法責任、各責任の構成要件等が、その程度・種類において異なるであらうと思われる。

一般的には医療過誤等の法的責任として、民事責任とくに不法行為責任が顕著である（債務不履行（四一七）より、華証責任が軽さかんに）が、この場合訴訟になるときは、手続法は、民事訴訟法によるのが一般的であることはいうまでもない。しかしとくに行政事件訴訟法を用いることも可能であらう（かつて行政事件訴訟法は、医療過誤になじまないとされたためか、行政事件訴訟法によることは余りなかったが、予防接種は、公権力の行使、接種医（開業医）は、公務員であるとする判例も）。

とくにこの場合、その診療という名の行為が著しく非行であるときには、刑事責任として業務上過失致死等の責任を問われることもある（刑二〇九）。しかしこれは、むしろ皆無に等しい。それは、医療とくに診療は、一般的に正当行為であるとされているからである（五三）が、診療の自由―独立からも、その責任は問われがたいからである。

又その非行の程度・種類によっては、医師が公務員であるときは、公務員としての責任とくに懲戒責任（国公員八一以下）のあることもある（民間の勤務医の場合も懲戒は考えられないことではない。な）。又さらに医師は、医療停止・免許取消の処分を受けることもある（医師）。しかし以上は、医師側のことであるが医療過誤等に考えられる法的責任について、一般的に示したにすぎない（しかし医事法といえは、民法の不法行為や債務不履行と解する人も少ないようであるが、医事法は、医に關する法であり、その体系は行政法・衛生行政法・民法・刑法等の分野にわたり衛生行政法規は、数量的にも多い）。しかし最終報告ではこの診療・医療を、極端な生命に関する問題として論じられていないようであるが、これもおかしい。この基本的命題を納得させるべきであり、そこでは、右のような問題は、問題視されないことを前提としているからであらうか

(しかしわが国でも、西ドイツと同じように、はじめるから正当行為だという考えもあるようである)。

さて、脳の死を個体死であるとして摘出が行われる場合、その状態(提供者の)が、タミナル時点又は状態にあり又はいるからといって、各々の責任への要件をみたしているにもかかわらず、法的な責任は、とくに医師側には何らないとすることはできない。それは、各責任は、要件を具備して生じ、要件が具備していなければ、生じないものであるからである。この場合、それは要件を、自から具備しがたいことが要因であるからであろう。それは、右のタミナル時点又は状態であることがその基礎的事実であろうが、さらに、基礎的事実としてとくにものをいうのは、とくに「同意」であろう。それは、同意・承諾のある行為は罰せずと、古くからいわれているからであろうか。⁽¹⁾

なおさきにも触れたが、反対にここでは脳の死は、改めて議論がにわかに激しくなるであろう(おそろく安楽死について⁽²⁾と思われるが、現実には、早い者勝ち的雰囲気である(ジュリスト九〇四号の反対論をしり⁽³⁾に移植は行われているようである))。

② 実定法規と死亡時刻の問題

しかし実定法規の中には、死亡時刻に関する内容を文書とすることを求めているものもあり、この場合、最終報告の六の脳死判定による死亡時刻のように「このまゝでいい」とすれば、法的問題・責任が生じることがあるように思われる。最終報告書の「このまゝでいい」というこのまゝは、①と②を記録すべしということであり、①は、はじめ脳死判定時であり、②は六時間経つてからの六時間後の脳死確認時であり、③は、心臓死の時刻である。実定法と死亡時刻から考えられる法的責任の主なものについて、示すと、つぎのようである。

b 虚偽私文書作成罪 「医師公務所ニ提出スベキ診断書、検案書又ハ死亡証書ニ虚偽ノ記載ヲ為シタルトキハ三

年以下ノ禁錮又ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス」(六刑一)と規定されている。医師は、形式的に言えば、医師免許をもつ者である(二医師)が、実質的にいえば、臨床上必要な医学と公衆衛生に関して、知識と技能(九)をもち、医療と保健指導によって公衆衛生の向上と増進に寄与し、国民の健康な生活を確保する者である(二)。「公務所」は、公務員が職務を行う所をいう(刑七)とされている。これによると官庁(省)、行政委員会(人事院・会、計検査院等)、裁判所、検察庁、都・道・府・県庁・地方事務所、市役所、町・村役場・出張所等、政府機関(二二公団・公庫、事業団等)、地方公共団体機関(三公立病院・地方公営企業等)、公共組合(健保組合、共済組合等)、保健所、医道審議会等、都・道・府・市・町・村議会・診療報酬支払基金等であり、又公務員が職務を行う空間であろう。「提出スベキ」は、必ずしも強制又は制裁をとまなう法的義務でなく、提出しなければならぬものとされている文書であればいいであろう。(九二医師一)。診断書は、医師の診断の結果を内容とする文書であり、証明力もある。また死亡診断書もある。死亡診断書には、「死亡年月日時分」等の項目がある(二〇医師規)。死亡診断書は、本人の死亡の時点より二四時間以前(二〇医師)にいたるまで最近診療した患者の死亡を確認・診断する文書であるが、検案書は、そうでなく、つまりその最近まで診療しないで本人の死亡を判断し確認するものである。ここにも「死亡年月日時分」の項目がある(上同)。死体検案書は、検案書と同じで、本人の死亡を単に死体によって確認する文書である。又死亡証書は、本人の死亡を確認し証明する文書である。この場合、生前の診療の有無は、問わないであろう(戸八六参照)が、とくに死亡年月日時分の記載は、不明であるから、必要とされていない。「虚偽」は、真実でないことであり、虚偽の記載は、診断書・検案書又は死亡証書に、真実でないことを記しのことであろう。最終報告の七の①と②を記載することは、虚偽になろう。それは、①は脳死判定時点であり②はその確認時点であるからである。

いやその前に、いずれか一つにしなければならぬであろう。しかしいずれをとつても、虚偽であることは、明白である。それは、現行法は、三徴候説を、いや③の心臓死を、一般的にとつてゐるからである。しかし最終報告は、右のようにはいつていないが立法できめないなら（①か②をであろうが）、裁判所の判断による他はなく、中間報告では、裁判の判断の資料としては、①と②を記録すべきとされているが、当懇談会としては、「そのままいいとする」というのである。したがつて右のように、虚偽記載を教唆していないといえる。しかしそれだけにたくみであるといえないであらうか。それは、マスコミ等は、最終報告の発表でとくに脳死の判定―臓器移植のゴー・サインがたとしてゐるからである。しかも、わが国の裁判制度から、死亡時刻を①の脳死判定時にするか②の脳死確認時にするかというような裁判は、直接行われることは、まだないであらう。又その各目的が異り、①と②を記録する目的は、「裁判所の」「判断の資料」にするためであるという。この意味でも、虚偽記載を教唆してゐるのではないといえる。これも、たくみであるといえようが、滅多にない「夫婦の一方を他方がほぼ同時に死亡した場合」をあげる。この問題は、まれにしか起きないし、外国でも相続問題とされたことがないし又ぞろ「相続の問題は、裁判所で判断すればいい」とする。稀な例であるなら、あげる必要もなく、裁判所が相続については判断することは、わが国のことであり、裁判所が判断するのは、当然である。しかし不告不理的に、裁判所が判断しない又はできないときもあらう。しかしこの場合およそ医師である者がこうした公務所に提出すべきものとされているような死亡診断書、検案書、または死体検案書に、①の脳死判定時刻又は②の脳死確認時刻を死亡年月日時分として記載すれば、処罰されるであらう。全部をタイプ、ワープロ等で作成しても、又他の者によつて、タイプ、ワープロ等で作成されたが、医師が作成

したものであるとされても、同様であろう（この場合、国公立病院の医師とこれを記入等して補助する医師でない者は、医師と共犯とされることもあろう）。しかしこうしたことも、最終報告の七によれば、考えられないことではない。なお国・公立病院の医師以外の診療補助・参加者（看護婦等）の、単独な虚偽公文書作成罪（^{五六}刑一）も考えられるかもしれない（しかし脳死判定時や脳死確認時を、死亡時点としないで、そのまゝ記載し、「死亡時点」に触れは脳死確認時を「死亡時点」とすることができ、仮りにしても、これらが死亡時であるといえるかどうか等の問題もあろう。それは、これらは、医師のみがよくする医界のことであるからである。）

(b) 死亡診断書等の死亡年月日時分の虚偽記載

死亡診断書等は、右の死亡診断書と検案書・死体検案書であるが、正当な事由がなければ、医師は、その交付の求めを拒否することができない。もし拒否すれば、この場合、罰則規定がない（^{九二}医師一）から、処罰されない。これは、医師の良心に、交付する・しないことを委ねているものである。しかし医師は、昔から、「医師としての品位」を求められている（^{七二}参照）が、とくに犯罪や医事に関し犯罪又は不正の行為のないことも求められ（^{四三}①^②参照）ている。したがって刑罰や行政刑罰の罪を犯かすことと良心の呵責に悩むことが医師にとっては、どちらが悪いか・いいかは、その医師の人生観・信条・信念等にかかっているといえよう。しかし、最終報告書は、死亡時刻（^死に記載する^{診断書}）は、本来、個体の死の時刻であるとしながら、これを逆手にとって脳死の時刻であるとし、③の心臓死の時刻をも認めながら、家族の意思の変更を避けるために、死亡診断書や戸籍（の内容・死亡時刻）（^いとし^しき^きに^①や^②の^いず^れで^もい^い）に拘束されることなく、相続に関して①と②のいずれかをとることになろうとする。その死亡診断書等の内容・死亡時刻に拘束されないということは、「相続」というおおよそ、医界とは関係のない俗っぽいこととの関係で、最終報告は、いかにも乱暴な意味になっていないかと思われる。それも家族の変心を回避するためであるという。ここでは、誰でも、はやる脳死

―臓器移植医の見切発車的心情(これは非行でない)を覚えよう。そして「そのため」に診療録に記録しておくことが必要であるとするが、「そのため」は、おそらく「①と②のいずれかをとる」ためであろうが、しかし診療録には記入すべき死亡年月日の項目がない(二二三 医施規)。そして医療保険がどこまで適用されるかについて言及するが、脳の死を個体死であるとするなら、①を死亡時刻として、統一すべきであり、医療保険の適用も、ここまででいいとすべきである。最終報告は、医療保険は、②の脳死確認時刻であるというが、これは、個体死は、脳死ではなく、③の心臓死であるということを認めているようでもある。⁴⁾

- (1) 拙稿「新診察室の法律」一、六〇、八四各頁以下
- (2) 拙稿「実定行政法 下巻(各論)」一四、二六各頁以下
- (3) 同上書七五、一〇二各頁以下
- (4) 拙稿「新診察室の法律」九七、一二六、一二七、一八六、二四三、二七〇各以下

結

私的法人の日本医師会は、法規でもない最終報告を公にしたが、その内容は、法規のように大胆である。それだけに関係世界(医学、法学、哲学、宗教、倫理学等)には大きい反響があった。案外、こうした大きな反響を、日本医師会は、狙ったのかも

しれない（この意味では、法律ジャーナリズムは、日本医師会の仕掛にかかったようである。筆者は、単なる医事法を専攻（？）の一つとする解釈法学を担う者であり、生命倫理等の学会、研究会等に入ること等をすゝめられるが、法哲学、哲学、倫理学等の刑而上学の専攻者ではない。入会等して何ができるか等の疑念もある）。しかし医界でも、脳の死を個体死であるということには、必ずしもコンセンサス・合意があるとはいえない、ここでコンセンサス・合意を手に入れば、他の関係世界は、何もないであろう（政府の生倫懇談のメンバーのN氏、M氏等は、おかし）。というのは、医学も、学問の自由をもち（憲二）他の生物学等は、すでに神のような創造を行っている。ただしトは、原子爆弾でみるような誤りを侵してはならないが、医学も同様のことをしている（体外受精、遺伝子改良、胎児性別等）。

なるほど最終報告は、法規性のない基準、コード、方針等という文書であるが、法規として化成するその機会をつくるのも、まず医界の仕事である。この臓器の摘出―移植は、診療になりつゝある。これを、よくする者は、医界のみにいるのである（臓器の摘出は、診療であるとし、これに対する医師側の法的評価をある程度種類、行つたのは、決して法的責任は、この程度・種類であるかべきであるというためである。大胆で）。しかしこれを支える者は、他の少数のエリートではなくわれわれ多数の庶民であろう。

この意味では、脳の死を個体死であるとする、とこれを起点とする臓器の摘出―移植に関する最終報告に、われわれ庶民も、一票でも投じなければならない。それは、エリートも人でありヒトの多くは庶民であり、その生命は、各人のものであるからであるが、ヒトは、人生を生き抜くには、生存の要件の分配と規制の調整・適否が鍵であろうからでもある。なお右のような（法的問題）ことがあるが、こうした困難を克服することができるのも、医界のみである（某医大で脳死の時点と死亡時点としたが、現場は、これを拒否したとい）。それは、個人の疾病・負傷を治療し、また生の終焉・死につき（うが）案外、脳死の周辺の法を改正することが先決問題かもしれない）。それは、個人の疾病・負傷を治療し、また生の終焉・死につきし、健康を保持させる等は、医師の独占するところであり、社会の衛生等も掌るのは、医師である（参照）からである。う。「死」は、医界に委ねられているが、それ故に、法の解釈もその医学的観念を基本とする。最終報告に対する法

学者等の意見等は、そのように言うだけで、現実には、脳死―移植は、最終報告の公表以来、医界では行われている。この現実とは、とくに医界では、重要であろう。しかしここにもその倫理から由来するモラトリウムが厳存するはずである。医界には脳死でなく、移植を必要とする人（患者）もいる。移植にとつていい環境を組織し、作動させることも、脳死を個体化とすることと同じ意味（脳死）をもっているであろう（N市で行われた政府臨調の委員は、平一・二・二二は、医・医師への不信に由来するというのが、これは傲慢であろう）。その坂道の険しいことは、いずれも同じであろう。医界よ他に免罪符を求めず、敢然と自ら、この坂道を行くべきであろう。